

Lopreite, Débora. **Desempeño institucional y control democrático: la experiencia del Defensor del Pueblo de la Nación en la regulación de servicios públicos en Argentina.** Informe final del concurso: Democracia, derechos sociales y equidad; y Estado, política y conflictos sociales. Programa Regional de Becas CLACSO.
Disponible en la World Wide Web: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/becas/1999/lopreite.pdf>



**BIBLIOTECA VIRTUAL DE CIENCIAS SOCIALES DE AMERICA LATINA Y EL CARIBE,
DE LA RED DE CENTROS MIEMBROS DE CLACSO**
<http://www.clacso.org.ar/biblioteca>

Desempeño Institucional y Control Democrático: La experiencia del Defensor del Pueblo de la Nación en la regulación de servicios públicos en Argentina.

Débora C. Lopreite*¹

Introducción.

En el marco de una profunda crisis de legitimidad que afecta al Estado en su relación con la sociedad civil, gobierno y oposición acordaron –mediante la reforma de la constitución de 1994- la creación de diversos mecanismos de *accountability* que pudieran canalizar la participación ciudadana como mecanismo democrático e innovador de control y regulador de posibles conflictos emergentes. Una de estos problemas con posterioridad a la reforma del estado en Argentina, se refiere a la protección de los usuarios de servicios públicos ofrecidos en condiciones monopólicas y a la fortaleza o debilidad de los mecanismos estipulados legalmente para garantizar una regulación eficaz por parte del gobierno, incluyendo los mecanismos de participación directa de los usuarios en dicho control.

Entre estas nuevas formas de participación social, una nueva institución –el *ombudsman*- se convirtió en un actor clave en el medio de los conflictos suscitados con motivo de los incrementos tarifarios en servicios públicos domiciliarios como agua y teléfonos, y en cuyos casos las características de los compromisos regulatorios establecidos en el momento de la privatización entre el gobierno y las empresas, debilitaron la posterior capacidad regulatoria del Estado.

La gran cantidad de reclamos efectuados por los ciudadanos y usuarios ante este nuevo órgano de control y el alto grado de conflictividad en las políticas regulatorias aplicadas por el gobierno, no sólo otorgaron a esta institución una configuración institucional volcada fuertemente hacia la defensa de los ciudadanos en su calidad de usuarios y consumidores, sino también otorgaron un alto grado de exposición y visibilidad pública a la actuación de la institución. Sin embargo dicha configuración institucional mostró las ambivalencias políticas de quienes generaron un mecanismo de *accountability* con buenos recursos presupuestarios, pero con ciertas limitaciones en su diseño institucional y con débiles instrumentos legales para intervenir efectivamente en la protección de los derechos de los ciudadanos. El objetivo de este artículo es doble. Por un lado nos interesa evaluar el desempeño institucional del Defensor del Pueblo de la Nación y por el otro, interpretar las restricciones político-institucionales que este órgano enfrenta para constituirse en un órgano de

¹* Licenciada en Ciencia Política de la UBA. Instituto de Investigaciones Administrativas de la Facultad de Ciencias Económicas UBA. Actualmente finalizando tesis de Maestría en Administración Pública de la Facultad de Ciencias Económicas de la UBA e INAP-Argentina.

accountability entre los ciudadanos y el Estado.

Si bien algunos autores destacan que, en el campo de la regulación de servicios públicos, el vacío institucional dejado por los entes en el cumplimiento de su función, fue ocupado en parte, por nuevas instituciones públicas como el Defensor del Pueblo de la Nación (DPN). (Felder y López, 1997:p.54), y que es deseable que, además del control que ejercen los entes creados a tal fin, otras instituciones públicas (como los *ombudsmen*) cumplan un “*decisivo papel cuando corresponde dirimir las cuestiones que suscita la relación regulación-prestación*”. (Oszlak y Felder, 1998:p.12), otros autores han sostenido que la configuración institucional de éstos nuevos órganos, en los hechos, generaría incentivos negativos a la participación, en la medida en que la ausencia de poder sancionatorio en el cuerpo legal de esta figura lo dejara sólo en una organización que efectúa recomendaciones y advertencias. (Smulovitz, 1997:p.177).

En este artículo proponemos una caracterización menos pesimista del Defensor del Pueblo, mostrando como el desempeño de esta institución depende no tan sólo de la configuración institucional de la organización y su articulación con la sociedad civil, sino también de las repercusiones horizontales de su actuación, es decir de su capacidad para expandir *accountability* hacia otras instituciones.

En este sentido, recientes trabajos ubican a este tipo de control ciudadano, dentro de los mecanismos de *control por alarma de incendio*. Es decir, aquellos que, ejerciendo un control directo de los ciudadanos sobre las instituciones burocráticas permitirían “alertar” a los políticos respecto de las fallas en el funcionamiento de la Administración Pública. (Przeworski, 1996). Para ello, la relación del *ombudsman* con el Congreso –ante quien rinde cuentas- se convierte en una cuestión importante a la hora de analizar su efectiva capacidad de respuesta ante los ciudadanos. Si bien es central que el Ombudsman establezca una buena relación con la sociedad civil, de la que recibe información y de la cual depende para desarrollar su gestión, esta organización se convertiría en un poderoso mecanismo de control en tanto es más probable que se active el control del Congreso cuando se encienden las *alarmas de incendio*ⁱ en los que la información brindada a los legisladores por las organizaciones como el ombudsman pueden “alertar” a los mismos respecto de que “algo anda mal”. (Moe, 1998:p.218).

Además, en la medida en que el DPN dispone de *legitimación procesal* -la autorización legal para interponer recursos de amparo y de inconstitucionalidad de las leyes- la vía judicial se convierte en otra poderosa arma con la que cuenta el ombudsman en su función de *monitoreo negativo*. En varios casos problemáticos de servicios públicos, fundamentalmente domiciliarios, se manifestó una tendencia clara a discutir las decisiones oficiales en los Tribunales. La misma se inició con el rebalanceo de tarifas telefónicas y continuó con la venta de aeropuertos, la aplicación del SU en la tarifa de aguas y la privatización del PAMI, frenada también por las actuaciones judiciales. Entre los años '97 y '99, las asociaciones de consumidores, el ombudsman y el Gobierno se enfrentaron por estas cuestiones en Tribunales. Si bien la actuación del DPN y de las asociaciones, lograron detener o demorar aumentos indiscriminados de tarifas, privatizaciones por decreto presidencial y situaciones no contempladas en los contratos licitatorios, el Gobierno “logró avales” de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) en todos los casos mencionados, que “beneficiaron” la situación de las empresas en perjuicio de los usuarios.

A partir del análisis de dichos conflictos se intenta responder a las siguientes preguntas: qué lecciones se pueden extraer respecto del funcionamiento de la Institución del Defensor del Pueblo?; cuál fue la repercusión de la actuación del DPN en el comportamiento de los legisladores en el Congreso nacional?; de qué modo sentó su jurisprudencia la Corte en relación con el amparo colectivo presentado por el *ombudsman* y las asociaciones de usuarios y consumidores?; son algunas de las puntas para entender a partir de dos casos testigos analizados (los conflictos tarifarios

en agua y teléfonos) las debilidades de una efectiva *accountability* y las restricciones institucionales en las que operan el *ombudsman* y las asociaciones de protección de usuarios y consumidores.

El análisis del desempeño del Defensor del Pueblo de la Nación a través de dos dimensiones de la *accountability* en las poliarquías – societal y horizontalⁱⁱ-, se presenta de la siguiente forma: En primer lugar y con respecto a la primera dimensión se considera la relación del ombudsman con las asociaciones de usuarios mediante sus funciones de agregación e integración y los temas de quejas de los usuarios de servicios públicos domiciliarios (agua, teléfonos, gas natural y electricidad). Con respecto a la segunda dimensión, se presenta –por una parte- un análisis más general de la débil relación del DPN con el Congreso, dada la escasa repercusión que tiene la actividad del ombudsman en esa institución. Para ello se tuvieron en cuenta los informes especiales en materia de servicios públicos domiciliarios presentados por el DPN ante el HCN y el rol de la Comisión Bicameral del DPN del HCN. Y finalmente, como casos testigo de las modalidades de actuación del ombudsman – ya sea a través de la vía administrativa y/o judicial- y de las relaciones interinstitucionales, se analizan los conflictos suscitados con motivo de los reajustes tarifarios entre los años '97 y '99 que permitirían demostrar las restricciones político-institucionales con los que se enfrenta la actuación del Defensor y de las asociaciones de usuarios y consumidores.

Algunas consideraciones conceptuales.

En la línea de análisis que sostenemos en este trabajo consideramos que, para que en un sistema democrático la *accountability* sea efectiva, no basta con la definición formal-legal de las instituciones, sino que las reglas informales y los comportamientos de los actores políticos y sociales y de las organizaciones deberían adecuarse a los objetivos institucionales. (Johnson, 1975).

Sin embargo, aún en las poliarquías más altamente formalizadas, siempre existe una brecha entre las reglas formales y el comportamiento de los actores. Esto es así porque las instituciones conforman el sistema de constricciones e incentivos del comportamiento y de las organizaciones. No son sólo reglas formales. Las mismas expresan las relaciones de poder y de interés de una determinada sociedad. (Prats y Catalá, 1998:p.17). En este sentido, las instituciones deberían corresponderse con los objetivos institucionales para los que fueron creadas y que estructuran las reglas de juego para los actores que operan en ellas. Entenderemos entonces *eficacia institucional* como la adecuación de las prácticas formales e informales a los objetivos institucionales. (Johnson, 1975)

Como señala O'Donnell, “...Cuando la adecuación (entre reglas formales y comportamiento) es razonablemente cercana, las reglas formales simplifican nuestra tarea; ellas son buenas predictoras del comportamiento y las expectativas; en este caso, se puede decir que todas o la mayoría de las instituciones y reglas formales de la poliarquía han alcanzado plena institucionalización. Cuando la adecuación es escasa o prácticamente inexistente, debemos enfrentar la doble tarea de describir el comportamiento real y de especificar las reglas (a menudo informales) que ese comportamiento y esas expectativas efectivamente siguen...” (O'Donnell, 1996:pp.16-17).

Consideramos entonces en este trabajo que el desempeño institucional del ombudsman está ligado al cumplimiento de sus objetivos institucionales. Su desempeño eficaz correspondería a la medida en que podría esperarse un comportamiento adecuado –no sólo de esta institución sino de otros actores involucrados en las cuestiones estudiadas- a los marcos formales establecidos. De acuerdo al art. 86 de la CN, el Defensor del Pueblo tiene como objetivo “...Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas...”

Para cumplir con ello dispone de diversos recursos institucionales –a través de la vía administrativa y judicial- algunos de los cuales son analizados en este trabajo y que expresan su perfil institucional y su capacidad de proteger los derechos tutelados por la CN, incluyendo la defensa de los derechos de los usuarios de servicios públicos. A diferencia de los Entes reguladores –cuya función es la regulación permanente de la prestación de los servicios a través del control de gestión- el DPN interviene cuando se encuentran afectados y/o violados (también potencialmente) los derechos de esos usuarios establecidos en la Ley de Defensa del Consumidor y en las condiciones de prestación de los servicios que establecen los pliegos de concesión a las empresas.

Con el objetivo de enmarcar teóricamente nuestro objeto de análisis, consideramos que el desempeño del *ombudsman* debe ser enfocado desde dos dimensiones que conforman la *accountability* en las poliarquías. La primera, se refiere a la ***accountability societal***. Esta presupone la presencia de un control social institucionalizado. El mismo promovería la existencia de mecanismos de deliberación pública, mediante los cuales los sujetos sociales puedan constituirse en torno a temas de interés público y participar activamente en su seguimiento. En términos formales, el control social institucionalizado de carácter público está orientado hacia el interés general. (Bresser Pereira, 1997:p.35).

La segunda instancia de control es la correspondiente a las instituciones y su interrelación. Esta ***accountability horizontal*** sería el requisito cumplimentado por la red de órganos institucionales que se controlan y fiscalizan. Es en dicha red donde reside la capacidad democrática efectiva de control, no sólo en la mera existencia de un órgano determinado y especializado ni en la vigencia de las clásicas instituciones de gobierno (estructura tripartita del poder). Las innovaciones estructurales en este tema como el *ombudsman*, por ejemplo, deben parte de su poder real a la difusión pública de sus funciones pero es imposible soslayar que sin la existencia de tribunales que en última instancia apliquen la ley, su efectividad se ve severamente menoscabada. (O'Donnell, 1998:p.21)

Primera dimensión de análisis: accountability societal y la configuración institucional del Ombudsman.

Desde el punto de vista administrativo, dos son las modalidades básicas a través de las cuales puede intervenir el ombudsman. Puede hacerlo, frente a la queja planteada de manera individual o colectiva por la ciudadanía, o bien puede hacerlo de oficio de acuerdo al art. 14 de la Ley 24.284. Precisamente uno de los recursos fundamentales que tiene el DPN, a través del cual manifiesta su autonomía de intervención respecto de cualquier tercero interesado en los casos, está constituido por la posibilidad de iniciar actuaciones de oficio. Las mismas se caracterizan por la facultad del DPN, de iniciar investigaciones, solicitar pedidos de informes a organismos controlados, o bien efectuar recomendaciones sobre distintos cursos de acción. En la medida en que uno de los mandatos legales que tiene el DPN explícito en el art. 15 de la Ley 24.284, señala que el ombudsman debe prestar especial atención a las fallas y errores “sistemáticos” presentes en la Administraciónⁱⁱⁱ, la actuación de oficio se convierte en un instrumento indispensable^{iv}.

Del análisis realizado durante los años de actuación del DPN, se desprende que las denuncias y quejas formuladas por los interesados, están –por lo general- vinculadas a una situación particular aunque pueden afectar, además a un determinado sector de ciudadanos (vg: El caso de un grupo de usuarios de servicios públicos: *un barrio que se ve afectado por un corte de luz*);. “...Cuando el DPN actúa de oficio lo hace porque advierte irregularidades que pueden afectar mayoritariamente al grupo social y ante las cuales no es posible aguardar la presentación formal de una queja por la o las personas afectadas”. (Maiorano, 1999).

Es de destacar la enorme importancia que revisten las actuaciones de oficio que lleva a cabo el ombudsman, ya que “...*el mismo puede proceder a intervenir en situaciones en las cuales –por diversos motivos- los afectados o potenciales afectados, no pueden acercarse al DPN a plantear sus quejas...*”^{vi}. Como ejemplo de ello puede hacerse referencia a la prestación del servicio de agua potable donde las características de los usuarios (de bajos recursos) y la necesidad de la extensión de las redes cloacales –por ej. en el caso de comunidades aborígenes aisladas- ha dado lugar a la intervención del ombudsman.

Ahora bien, en el caso de las actuaciones del DPN que proceden de las quejas presentadas por los ciudadanos, se desprende que los argentinos tienen una tendencia mayor a manifestarse en defensa de sus derechos, básicamente como usuarios y consumidores. Entre los años 1994 y 1998 la mayor cantidad de quejas correspondieron al Area Económica a través de la cual se canalizan las denuncias referidas a los problemas ocasionados por la prestación monopólica de servicios públicos^{vi}.

La cantidad de quejas presentadas en el AE siempre fue superior –del ’95 en adelante- del 50% alcanzando el máximo de 65,6% en 1998. La diferencia entre la cantidad de quejas y las actuaciones iniciadas por el *Ombudsman* se debe a que el mismo agrega problemas similares y promueve actuaciones conjuntas.

Con respecto al rechazo de las quejas por parte del Defensor, durante los años analizados, los temas relativos a quejas a las cuales no se les dio curso, estuvieron relacionados, fundamentalmente, “...*en razón de que los ciudadanos, o bien no planteaban una denuncia en los términos del alcance que da la ley 24.284 en el art. 14^{vii}; o no existía una violación a los derechos e intereses tutelados por la Constitución Nacional; o simplemente se trataba de un conflicto entre particulares, regido por normas del derecho privado, ajenas a las competencias del DPN...*”. (Maiorano,1999)

De todos modos, en la medida en que las causales de rechazo de las quejas por parte del DPN están altamente formalizadas en la prescripción de la ley, la cantidad de quejas rechazadas encuadradas en los motivos anteriormente señalados correspondieron a un porcentaje mínimo (2%) con respecto a la totalidad de actuaciones dentro de la organización.

Asimismo, el aumento de las quejas individuales y la escasa participación de ong’s en la presentación de denuncias ante el DPN, denotan una organización volcada hacia la representación de demandas individuales. La incidencia que ha tenido la participación de las entidades en la presentación de quejas corresponde a un porcentaje minoritario en relación con las presentaciones individuales, disminuyendo año tras año. De un 6,6% en el año ’94 se descendió a un 1,5% en el año ’98. En gran medida esto se debe al incremento de las quejas individuales motivadas por los mismos problemas en torno al servicio público. Dentro de las entidades que acceden al DPN se incluyen, tanto organizaciones públicas estatales y no estatales, como organizaciones privadas.

En términos formales, desde el punto de vista de los derechos que se ponen en juego, mientras las presentaciones efectuadas por ciudadanos de manera individual se vinculan con hechos que afectan el *interés subjetivo*^{viii} de dichos usuarios (como ser facturaciones indebidas, interrupción del servicio, etc.^{ix}) en el caso de las presentaciones realizadas por diversas asociaciones de usuarios y consumidores los reclamos se dirigen a su intervención en problemas colectivos que sufren los usuarios como producto de las características que asumieron los procesos privatizadores en Argentina^x (rebalanceo de tarifas, instalación de medidores de agua en edificios de propiedad horizontal y falta de adecuado control sobre las empresas por parte de los entes reguladores) y en inquietudes a fin de que el DPN traslade las mismas hacia el Congreso nacional. Fundamentalmente desde el año ’97 se ha manifestado esta tendencia. Asimismo, las actuaciones de oficio promovidas

por el DPN también se enfocaron hacia esta tendencia, sobre todo en la vía judicial a través del *amparo colectivo*^{xi}.

Si bien la incidencia en la presentación de quejas por parte de organizaciones ha sido significativamente menor que las presentadas por ciudadanos particulares, la integración entre las asociaciones y el DPN se materializó a través de la participación conjunta en las Audiencias Públicas, la presentación de amparos ante la Justicia, como en el caso del rebalanceo de tarifas en el servicio telefónico y del servicio de agua^{xii} y la transmisión de la inquietud de dichas asociaciones respecto de la necesidad de reglamentar el financiamiento de estas organizaciones –como también– su participación en los Entes reguladores de servicios públicos

Por otra parte dentro de las actividades de integración con las asociaciones, el Defensor suscribió diversos convenios de cooperación con el objetivo de fortalecer las actividades comunes de “...*protección de los derechos humanos y demás derechos e intereses de la comunidad*...”^{xiii}.

Ahora bien, en los hechos estos Convenios se han convertido en meros instrumentos declarativos, en tanto y en cuanto, no se han instrumentado programas comunes que sean significativos para promover un control más eficaz por parte de la ciudadanía representada a través de las asociaciones y del DPN. De las entrevistas realizadas con distintos funcionarios de la Defensoría, se plantea la necesidad de reactivar de modo permanente la relación con las asociaciones y la suscripción e instrumentación de nuevas asociaciones como ADELCO aunque no se manifiesta expresamente de que manera debería instrumentarse. Del análisis se desprende que, a la hora de encontrar las razones de falta de un intercambio permanente entre el DPN y las asociaciones, el diagnóstico se pone afuera. Se destacan las “*limitaciones*” en la sociedad ya que “*existe un desconocimiento del ciudadano en como petitionar, acercarse, reclamar*”. Asimismo, se destaca que “*...hay que preparar al ciudadano a través del sistema educativo*”^{xiv}, pero sin una acción propositiva directa por parte de la propia organización.

Por otra parte, desde las asociaciones de usuarios consultadas se destaca la actuación del DPN en materia de regulación de servicios públicos y la importancia institucional del mismo para su intervención, dada la posibilidad de acceder a información de distintos organismos de la administración pública, lo que ha facilitado el trabajo de estas asociaciones, ya que las mismas no disponen –a diferencia del DPN– de facultades legales de ese tipo para proteger efectivamente a los usuarios y consumidores. De todos modos, también se ha destacado la debilidad en cuanto a la materialización del Convenio suscripto con el DPN, sobre todo en lo que hace a la ausencia de investigaciones conjuntas y otro tipo de actividades fundamentales –previstas en el Convenio– para avanzar en la prevención de posibles daños y arbitrariedades ocasionados a los usuarios de servicios públicos.

Segunda dimensión de análisis: la accountability horizontal. El Defensor del Pueblo de la Nación y su marco institucional de actuación.

En la medida que el ombudsman es una organización que rinde cuentas ante el Congreso de la Nación, y que le cabe a éste último un papel central en la regulación de servicios públicos, analizamos la relación del ombudsman con el Congreso nacional a través de esta problemática.

Apelando a la experiencia comparada, estudios efectuados sobre el ombudsman en diversos países han demostrado que su efectividad depende, en gran medida, de la atención que el parlamento ponga en su acción, generando una sólida relación con el congreso a través de un mayor protagonismo de los legisladores en el control de la administración estatal. Como ejemplo, en el caso de Australia, una buena interacción entre los miembros del congreso y los ombudsmen no han debilitado el papel del poder legislativo sino que lo han fortalecido.(Lee, 1991). Otros estudios,

como el de los ombudsmen nórdico y español destacan la importancia de la rendición anual del Defensor ante el poder legislativo. Esto se traduce en un fuerte control que ejerce el parlamento sobre el ombudusman. (Rowat, 1975:p.82).

En el caso argentino, el art. 31 de la Ley 24.284 señala que “*El Defensor del Pueblo dará cuenta anualmente a las Cámaras de la labor realizada en un informe que les presentará antes del 31 de Mayo de cada año*”. De facto la presentación se realiza ante los miembros de la Comisión Bicameral, y no ante la Asamblea Legislativa, lo que presenta una restricción importante que lo diferencia de la figura clásica^{xv}.

Además de la presentación del informe anual, de carácter general, uno de los instrumentos que tiene el DPN y que le permitirían funcionar como correa de transmisión de la información vinculada a la problemática que afecta a los ciudadanos, es la presentación de los informes especiales ante las cámaras legislativas y el recurso de la iniciativa legislativa que ello podría implicar. Con respecto a los Informes especiales presentados por el DPN con referencia a la cuestión de regulación de servicios públicos domiciliarios, en los primeros años los mismos fueron motivados en la falta de respuesta encontrada -tanto en las empresas prestatarias como en algunos entes reguladores- a las recomendaciones y advertencias presentadas por el DPN a partir de las quejas presentadas ante esa organización de manera individual. A medida que avanzó la actuación del DPN y se extendió la *cuestión* de la regulación de servicios públicos dentro de los usuarios, los informes se volcaron a poner en conocimiento de la Comisión Bicameral dicha problemática y a cuestionar la lógica imperante en los procesos privatizadores^{xvi}, así como también efectuar proposiciones de modificación o sanción de nuevas leyes para fortalecer a los Entes reguladores y a las asociaciones de representación de usuarios y consumidores. Un promedio de 12 informes por año (Entre el '95 y el '98) correspondieron al AE, de los cuales la mayoría se refieren a la cuestión de servicios públicos domiciliarios.

Si bien el ombudsman cumplió mediante la presentación de dichos informes con la rendición de cuentas al HCN, a la que está obligado constitucionalmente- esto no se tradujo en modificaciones sustantivas ni sanción de nuevas leyes por parte del HCN. Una posible explicación a esta situación está dada por la función eminentemente “formal” de la Comisión. Aunque es una comisión de enlace entre el DPN y los legisladores, la misma no establece una relación fluida con otras comisiones a partir de los temas que presenta el DPN, como por ejemplo, con las de control de los Entes o seguimiento de las privatizaciones. Tampoco se reúne periódicamente para tratar temas vinculados a las presentaciones que realiza el Defensor, ni lo consulta durante el transcurso del año con respecto a su actuación. De acuerdo a manifestaciones efectuadas por el propio Dr. Maiorano, los miembros de la Comisión Bicameral nunca manifestaron interés en las actividades del Defensor. “*Nunca los vi (a los miembros de la Comisión) a todos juntos*”.

Sin embargo, si bien no existe una integración permanente entre el Defensor y los legisladores, el mismo fue convocado en algunas oportunidades en donde conflictos emergentes con respecto a esta problemática y la difusión previa de las actividades del ombudsman permitieron que algunos legisladores hiciesen “uso” de este nuevo mecanismo de control. Uno de ellos fue por el conflicto suscitado en torno a la renegociación de los contratos con las compañías telefónicas en el año '98 y en el medio de la batalla judicial que se libraba por el rebalanceo de tarifas del año anterior. Además, en el medio del conflicto del rebalanceo telefónico, un nuevo decreto del PEN que habilitaba la reestructuración de las tarifas de aguas, multiplicaron las instancias de actuación del ombudsman y denotaron un mayor compromiso de los legisladores con la cuestión.

Una hipótesis expresada en este trabajo consiste en que, la posibilidad de que el ombudsman “expanda” *accountability* hacia otras instituciones, fundamentalmente hacia el Congreso nacional, se vincula con el mayor grado de conflictividad de las cuestiones en las que interviene el Defensor y

la visibilidad pública que esta situación le confiere a su actuación, lo que permite que se constituya en lo que algunos autores han denominado *control por alarma de incendio*. Es decir, más que de la actividad rutinaria y cotidiana de representación y control, es en los grandes conflictos en donde, utilizando todos los recursos legales a su disposición apela al “escándalo”^{xvii} para ser “escuchado” en su contexto institucional de actuación.

Con el objetivo de centrarnos en este nivel de análisis, consideramos dos casos testigos para analizar el juego de presiones y las restricciones institucionales en las cuáles operan el ombudsman y otros actores interesados en la cuestión –como las asociaciones de usuarios y consumidores-. Los conflictos suscitados con motivo de las reestructuraciones tarifarias en la prestación de los servicios de teléfonos y agua durante los años ’97 y ’99, años en los que la problemática alcanzó su punto más sobresaliente, permiten observar todos los recursos legales con los que cuentan el DPN y las asociaciones, desde el amparo colectivo y la vía judicial de actuación, hasta la ley de iniciativa popular que se intentó llevar a cabo, para evitar la aplicación del Decreto 92/97 del PEN que habilitaba la reestructuración tarifaria.

La reestructuración de las tarifas de teléfonos.

Entre los años ’97 y ’98 se desarrolló el mayor conflicto tarifario desde la privatización de los servicios públicos domiciliarios, con motivo de la aplicación de un nuevo cuadro tarifario en la prestación del servicio de teléfonos.

La privatización del servicio de telecomunicaciones se realizó en el año 1990, con la posterior creación del Ente regulador (CNT)^{xviii}. La integración de los miembros del Directorio fue decidida por el PEN sin mediar un proceso público de selección y pasó a estar bajo la órbita del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos. El CNT fue intervenido en dos oportunidades, en 1992 y en 1995. El argumento utilizado por el Gobierno para llevar adelante la primera intervención se vinculó a “*la baja calidad técnica*” de sus miembros. Durante la vigencia del primer directorio del CNT se firma el Decreto N° 2.485/91 el cual aplica el primer rebalanceo tarifario y la dolarización de las tarifas de acuerdo a la Ley de Convertibilidad. En el año 1993, luego de producido el primer concurso público para cubrir los cargos del CNT, se produce el primer conflicto con motivo de la aplicación de las nuevas tarifas. Las manifestaciones de los miembros del Directorio en dicha oportunidad y la realización de la primera Audiencia Pública celebrada en Noviembre de 1994, en la cual se manifestó una fuerte oposición al incremento de las tarifas, condujeron al Gobierno a proceder a la segunda intervención del CNT en el año 1995, lo que puso en evidencia la falta de autonomía política de este Ente. (Urbiztondo, Navajas y Artana, 1997: pp.26-27)

Cabe señalar que, en esa oportunidad, las Audiencias Públicas se realizaron a partir de los amparos presentados ante la Justicia por Adelco. De acuerdo a Gordillo, el Gobierno reconoció –de esa forma- el *derecho sustantivo*. Tras las dos Audiencias Públicas, el Ministerio debió limitar los alcances de la renegociación y el aumento tarifario previsto, aunque finalmente incrementó las tarifas sin permitir el debate público previo a la implementación de la reestructuración tarifaria. “...*Su posición sólo fue conocida ex post facto; su accionar fue por ende ilegal e inconstitucional.*” (Gordillo, 1999: pp. 41-42).

A partir de la nueva etapa del CNT en el año ’96 y en el contexto de organización de las asociaciones de defensa del consumidor y de actuación del *ombudsman* en esta materia que se produce el conflicto objeto del presente análisis y que desembocaría en diversas actuaciones judiciales y repercusiones en el HCN.

El conflicto se desata a partir de la modificación de las tarifas urbanas –que implicaba un aumento del abono de las llamadas urbanas, la eliminación de los pulsos libres y la disminución de las

llamadas interurbanas e internacionales- mediante el Decreto del PEN 92/97 del 1º de Febrero de 1997. La sanción de este decreto implicó dos posiciones diferenciadas. Por un lado, el Gobierno nacional y las empresas telefónicas y por otro lado, el DPN, representantes de usuarios y consumidores a los que se sumaban representantes de la oposición política y el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. En este contexto, el amparo presentado por el DPN fue la punta de lanza para la propagación del conflicto. El argumento central de dicho amparo se sustentaba en errores de procedimiento –ya de que de no mediar Audiencia Pública- el Gobierno no estaba autorizado a efectuar dichas modificaciones tarifarias. Por otra parte, el argumento del Gobierno sostenía que –de acuerdo con el pliego licitatorio- la modificación de las tarifas era una facultad exclusiva del PEN^{xix}.

Como “respuesta” a esta situación se presentó un amparo ante un Juzgado en lo Contencioso administrativo a cargo del Dr. Bustos Fierro, por parte de la Unión Industrial de Córdoba (UIC) “a favor” del Decreto presidencial. El argumento utilizado por la UIC en dicha presentación tuvo como objetivo “*contrarrestar la presión de aquellos sectores que intentan impedir la aplicación de las nuevas tarifas*”. En declaraciones efectuadas a distintos medios periodísticos, el Juez Bustos Fierro, justificó el amparo presentado por la UIC, señalando que “*los decretos del PEN gozan de presunción de legitimidad*”. (La Nación 07/02/97).

A partir de la situación planteada comenzaron a organizarse las asociaciones de defensa de usuarios y consumidores llevando adelante una estrategia común de actuación, nucleadas alrededor de ADECUA. Asimismo, diversos legisladores de la oposición se movilizaron en torno del tema. Los diputados Polino (socialista) Enrique Mathov (UCR) y Patricia Bulrich (Nueva Dirigencia) promovieron la realización de una reunión plenaria en la Cámara de Diputados a fin de tratar el Decreto firmado por el Presidente Menem, mediante el impulso de la ley de iniciativa popular que se había consagrado con la reforma constitucional de 1994. Sin embargo, la reunión prevista para el 4 de Marzo de 1997, fracasó ya que el PJ (bloque mayoritario) no dio *quorum* en el recinto. Si bien un sector importante de los legisladores de ese partido manifestó su disconformidad con la medida adoptada, a último momento el bloque actuó en conjunto y de manera disciplinada, motivando el fracaso de la iniciativa popular como un mecanismo de control ciudadano.

Paralelamente al fracaso de los mecanismos legislativos, los distintos sectores sociales en los que quedaron “divididos” quienes se involucraban en la *cuestión*, libraban una “batalla judicial” inédita que se extendió hasta la resolución de la Corte Suprema de Justicia, cuyo fallo recién se efectuó pasadas las elecciones del mes de Octubre del '97. Tanto el gobierno nacional, los gobernadores oficialistas, como las empresas y sectores industriales -sobre todo del interior del país- por un lado y el ombudsman, las asociaciones de defensa del consumidor y los políticos y legisladores de la oposición por el otro, disputaron en el terreno judicial como si fuese un ámbito político, a través de una “lluvia” de amparos en distintos juzgados de primera y segunda instancia. A nivel provincial, Mendoza (mediante la presentación de amparos en contra del decreto) y Córdoba (desde las posturas “oficialistas”), fueron los ámbitos sobre los que se materializó la “lucha” judicial.

Además de los amparos presentados para frenar la aplicación del Decreto, amparos posteriores fueron presentados para impedir que las compañías telefónicas siguiesen aplicando en sus facturas los aumentos, cuando resoluciones judiciales previas habían hecho lugar a la medida de no innovar con respecto a la aplicación del Decreto del PEN.

Entre los amparos y las apelaciones realizadas por parte de las empresas y del Gobierno se generó una fuerte situación de incertidumbre respecto de la vigencia de la estructura tarifaria. Esto se debió a la falta de aceptación común por parte de todos los actores involucrados respecto de las normas legales vigentes. En este sentido, Gordillo señala que –de acuerdo al art. 37 de la Ley de Defensa del Consumidor- el juez puede anular las nuevas tarifas y restablecer la vigencia de la anterior^{xx}. Sin

embargo, tanto el gobierno como las empresas desconocieron las sentencias judiciales a favor de los usuarios afectados por el aumento de las tarifas urbanas.

Entre tanta “maraña” judicial, el caso llegó a la Corte. Tanto las sucesivas apelaciones por parte de los damnificados como los gobernadores aliados con el gobierno nacional –La Rioja y Salta- las empresas telefónicas y el propio gobierno nacional intentaban obtener un fallo “favorable” de la CSJ. Los primeros en relación con la inconstitucionalidad y los segundos pretendían que la CSJ declarase la constitucionalidad del mismo.

A pesar de las resistencias de los miembros de la CSJ a pronunciarse respecto de la cuestión, y en medio de diversas denuncias públicas sobre dos miembros de la Corte en particular (Nazareno y Vázquez) que fueron recusados por el Diputado Polino y el DPN para dictar sentencia en este caso^{xxi}, finalmente la Corte en un voto unánime^{xxii} desestimó las diversas presentaciones efectuadas señalando que no correspondía que la misma interviniese en esta materia, ya que era de exclusiva competencia del Poder Ejecutivo Nacional. Una vez más, como en tantos otros casos resonantes, la Corte –sometida a diversas presiones de intereses políticos y económicos- no aplicó al *principio de constitucionalidad*, manteniendo una posición “neutral” en la disputa, pero que en los hechos permitió la aplicación legal y sin mediar audiencia pública de la nueva estructura tarifaria. El fallo recién se produjo en Marzo del '98, cerrando el conflicto por la reestructuración tarifaria, que fue sucedido por una nueva situación que afectaba los derechos de los usuarios: la renegociación del contrato que implicaba la extensión de la exclusividad de las licencias a las compañías^{xxiii}.

La prestación del servicio de agua y la intervención del *ombudsman*.

En plena batalla legal por el ajuste telefónico, es cuando se produce la modificación de la estructura tarifaria de aguas a través de los Decretos N° 149/97 y 1167/97. Tanto el Defensor como ADECUA presentaron una acción de amparo –ante un Juzgado de Primera Instancia- haciéndose lugar únicamente al amparo presentado por el DPN^{xxiv}.

Hasta el año '97, se había dado un progresivo aumento de las tarifas en un contexto de escasa visibilidad pública de las decisiones del Ente regulador (ETOSS) y de la empresa prestataria del servicio, Aguas Argentinas^{xxv}, si bien el mayor conflicto se había suscitado por la intención de la empresa de instalar medidores individuales en los edificios de propiedad horizontal, lo que dio lugar a una primera intervención del DPN, quien presentó un recurso de amparo ante la Justicia, cuya resolución cautelar sigue vigente dado que no se ha producido a la fecha una resolución judicial definitiva, a pesar de que la medida fue apelada por la empresa. (DPN Informe Anual 1999:p.178).

El punto más álgido del conflicto suscitado entre la empresa prestataria y los usuarios se dió entre los años '97 y '98, cuando se llevó a cabo la renegociación del contrato por parte de la Secretaría de Recursos Naturales y Medioambiente y de la Secretaría de Obras Públicas, dejando de lado la intervención del Congreso de la Nación y la opinión de las asociaciones de usuarios. La cuestión central que contemplaba era la reestructuración de las tarifas con el objetivo de reinvertir las ganancias generadas en la extensión de redes cloacales hacia usuarios de menores recursos, de modo que los usuarios que disponían del servicio terminarían financiando la inversión para la incorporación de nuevos usuarios al sistema. Para cumplir con este objetivo se dispuso la inclusión en la nueva tarifa de agua de la aplicación de un concepto adicional denominado SU (Servicio Universal) que deberían pagar todos los usuarios y que se destinaría a la financiación de las obras señaladas. Asimismo, la empresa eliminaría el cargo por infraestructura que pagaban los usuarios por la expansión de las redes, lo que implicaba un elevado costo para usuarios de menores recursos.

En el amparo presentado por el DPN, el argumento consistió en que el SU implicaba un impuesto para los usuarios y que la determinación de la política tributaria correspondía únicamente al HCN

(de acuerdo a la CN). Por otra parte, se señaló –también desde la Comisión Bicameral de Seguimiento de las Privatizaciones- el incumplimiento de la empresa en los compromisos de inversión establecidos en el contrato original que ascendían a U\$S 80.000.000.

Los intentos de reestructuración tarifaria por parte de la empresa y del PEN generaron una fuerte resistencia entre las asociaciones y condujeron a una intervención directa –vía judicial- del Ombudsman, aún cuando la prestación del servicio de agua había originado cantidad mucho menor de quejas en la Defensoría, a diferencia de otros servicios públicos domiciliarios^{xxvi}.

El conflicto se extendió, ya que la paralización de las obras de infraestructura por parte de la empresa, frente a la decisión de la Justicia, motivó la movilización de los Municipios del conurbano bonaerense de las zonas afectadas –principalmente San Fernando, Tigre, La Matanza y Lomas de Zamora-. Los mismos intimaron al Gobierno Nacional y a la Empresa a una pronta solución con el objetivo de que se continúe con las obras.

La medida fue revocada por parte de la Justicia, y la empresa nuevamente comenzó a cobrar el cargo por infraestructura (SUMA), aunque la cuestión de fondo sigue su curso en la Justicia. Asimismo, el DPN en su Informe Anual del '98 destaca que el aumento tarifario se produjo sobre un servicio cuya calidad en la prestación es baja –sobre todo en el caso de los nuevos usuarios-, por la falta de presión adecuada del elemento vital que dio lugar a posteriores investigaciones por parte del DPN. (DPN Informe Anual 1998TII:p.1240).

Como resultado de la reestructuración tarifaria, los usuarios vieron manifestarse un alza en sus tarifas del 36%, incluyendo el cargo SU, el cargo MA y el ajuste por mayores costos reclamado por la Compañía, además de cobros retroactivos.

Finalmente, en Agosto del '99, al cumplirse cinco años de la privatización del servicio de agua, se llevó a cabo la renegociación del contrato, incluyendo como punto central del mismo, la dolarización de la tarifa. En el mismo se liga inversiones a las tarifas, mientras que anteriormente existía, por un lado, una tarifa fija y por otro, un plan de inversiones obligatorias, que no fue cumplido por la Empresa durante la vigencia del contrato anterior.

Al renegociarse este Contrato se produjeron diversas intervenciones de la Comisión Bicameral de Seguimiento de las Privatizaciones^{xxvii}, con situaciones de tensión entre la oposición en el Congreso y el gobierno Nacional, a través de la Secretaría de Recursos Naturales y Medio Ambiente encargada de la renegociación del contrato con la Empresa Aguas Argentinas SA. Pero finalmente la postura del Gobierno –como en el caso de teléfonos- se impuso una vez más sobre los intereses de usuarios y consumidores.

El amparo colectivo y el control de constitucionalidad: La toma de posición de la Corte.

La *eficacia institucional*^{xxviii} del ombudsman depende de la repercusión institucional de su actuación. Tanto en el “uso” que los legisladores hagan de la información suministrada por el DPN como en el reconocimiento de su legitimación procesal ante la Justicia.

En los casos analizados, el recurso institucional del *amparo colectivo* como un mecanismo de *control por alarma de incendio* frenó o postergó la aplicación de medidas que afectaban a los usuarios de servicios con motivo de la aplicación de los rebalances tarifarios, transformándose en un recurso más efectivo que la actuación del HCN^{xxix}. En primera y segunda instancia, las decisiones de los Tribunales reconocieron la legitimidad de los amparistas (DPN y asociaciones), aplicaron la doctrina respecto de la protección de los derechos de usuarios y consumidores tal cual lo estipula el artículo 43 de la CN, ordenando la instrumentación de las Audiencias Públicas como mecanismo de discusión y participación de éstos en la reestructuración de tarifas de servicios

públicos. Como señala Gordillo, el derecho de incidencia colectiva y la substanciación de Audiencias Públicas son dos conceptos paralelos. El derecho a la participación, que se manifiesta en la integración ciudadana en la dirección de los servicios públicos (cosa que no se materializó en los Entes, salvo en el caso del ETOSS recién hacia 1999) se complementa con la garantía de audiencia pública que surge de articular el derecho a la defensa previa o debido proceso legal contemplado en el art. 18 con el derecho de incidencia colectiva conforme al art. 42. (Gordillo, 1999:p. 11).

Ahora bien, una vez instalada la cuestión en la CSJ, en ninguno de los casos relevantes que llegaron a la Corte, ésta se pronunció aplicando el principio de constitucionalidad^{xxx}. En el caso de teléfonos, la Corte desestimó las presentaciones efectuadas por los amparistas considerando que no existía evidencia suficiente que amerizase la intervención de la Corte. Por el contrario, siguiendo a Gordillo, éste señala que, el art. 42 de la CN reconoce que “...los consumidores y usuarios...tienen derecho...a la protección de...(sus) intereses económicos”, lo cual es el *derecho de fondo* que “...necesita entonces de la indispensable tutela judicial operativa, sin necesidad de norma procesal legislativa alguna, para requerir de la Justicia el derecho de fondo que la CN consagra...”. (Gordillo, 1999: p.24). Analizando fallos anteriores de la Corte en el tema de teléfonos, respecto del Dec. 702/95 a través del cual, el Ministerio de Economía, removió al antiguo Directorio del CNT, la Corte señala que “...La amenaza ilegal contra un derecho constitucional, a los fines de habilitar la acción de amparo, debe ser de tal magnitud que lo pusiera en peligro efectivo e inminente...”, lo que desestimaba la jurisdicción que argumentaba tener la asociación Consumidores Libres ante la Justicia..

Asimismo en el fallo en el que la Corte dicta sentencia respecto del amparo presentado por el DPN contra la aplicación del Decreto 92/97, la misma señala “...Admitir la posibilidad de que el DPN peticione sin bases objetivas que permitan afirmar un perjuicio inminente, importaría conferirle el privilegio de accionar sin que concurran los presupuestos básicos de la acción de amparo, ejerciendo, de ese modo, una función exorbitante y abusiva, fuera del estado de derecho que a él mismo incumbe”. (Fallo CS. 98.061/98). En el mismo fallo la Corte señala que aún en el caso de la protección constitucional de intereses generales o difusos, no inhibe a la necesaria constatación de la afectación del derecho invocado en la medida en que espera una manifestación general de la Justicia en la que el ciudadano demandante “...no puede expresar un agravio diferenciado respecto de la situación en que se hallan los demás ciudadanos...” (Fallo CS. 98.061/98).

Esta “toma de posición” de la Corte denota un claro rechazo de la misma a reconocer la legitimación procesal del amparo colectivo. Respecto de la jurisprudencia de la CSJ, se ha señalado que, desde sus inicios la Corte negó que estuviese bajo su órbita la facultad de expedirse en formal general sobre la constitucionalidad de las normas emitidas por los Poderes Legislativo y Ejecutivo. (Toricelli, 1998-F:p.75). Por su parte se ha señalado también la tendencia de la Corte a no pronunciarse en causas consideradas “urticantes” por sus miembros, restringiendo su intervención y evitando dirimir cuestiones entre los poderes legislativo y ejecutivo^{xxxi}. En el fallo de la Corte referido a la solicitud respecto de la inconstitucionalidad del Decreto 92/97, la sentencia afirma “...que, según surge de lo expuesto, la norma impugnada mediante la presente acción de amparo tiene como antecedente una sucesión de actos administrativos que no sólo gozan de presunción de legitimidad, sino que no fueron cuestionados en modo alguno en cuanto a su regularidad y legalidad. Esos actos han sido producto del ejercicio continuo de la función administrativa en el cumplimiento de objetivos propios del poder del Estado que la ejerce, sin que se observe –ni haya sido invocado- apartamiento del marco constitucional y legal que le es propio..”. Finalmente, la Corte señala que aplicar el control de constitucionalidad de los actos de gobierno, es una función propia pero “limitada” del poder judicial sin llegar nunca a invadir el terreno propio de actuación de los otros poderes del Estado. Asimismo, limita claramente el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva, en tanto señala que “...admitir la legitimación en un grado que la identifique con el **‘generalizado interés de todos los ciudadanos en el ejercicio de los poderes del**

gobierno’...deformaría las atribuciones del Poder Judicial...”. (Fallo CS. 98.061/98). Además, respecto de la invocación de los derechos de la ciudadanía en su conjunto señala que se trata de “...una influencia que en una democracia debe ser utilizada por las ramas del gobierno destinadas a ser sensibles frente a la actitud de la población...modalidad de naturaleza política a la que es ajena el Poder Judicial...” (Fallo CS. 98.061/98).

Con respecto a la legitimación procesal de las asociaciones, en el fallo referido al amparo presentado por Prodelco, sólo se le reconoce la legitimación de accionar en representación de sus afiliados, de modo que se reconoce un derecho *sectorial* antes que el amplio *derecho colectivo* de protección de los intereses de los usuarios en general, restringiendo la legitimación del amparo colectivo. (Fallo 97.306-CS, mayo7-998). Como señala Gordillo, esta situación se debe a la falta de aplicación clara de acuerdo a lo que se desprende de las normas legales vigentes, así el art. 55 de la Ley de Defensa del Consumidor señala “...*Las Asociaciones de Consumidores constituidas como personas jurídicas están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores, sin perjuicio de la intervención del usuario o consumidor prevista en el 2º párrafo del art. 58*”. (Gordillo, 1999:p. 29).

Podría agregarse que la ausencia de una reglamentación adecuada por parte del HCN de la acción de amparo –y particularmente del amparo colectivo- debilitan enormemente la utilización de este recurso institucional como una vía de control ciudadano, aún cuando parte de la Doctrina ha señalado la característica *operativa* del art. 43 en lo que a defensa de derechos colectivos y amparo se trata^{xxxii}. Aún cuando en la Justicia federal se fue afirmando cada vez más la legitimación del amparo colectivo (*class action* en el derecho norteamericano) en la Jurisprudencia de la Corte, se recortó sustancialmente dicho reconocimiento procesal.

A modo de Conclusión.

Expresamos en este trabajo como la gran cantidad de quejas presentadas ante el DPN en materia de servicios públicos y el alto grado de conflictividad en las políticas regulatorias aplicadas por el gobierno, constituyeron al *ombudsman* en una institución clave a la hora de analizar la relación entre Estado y sociedad en esta temática en particular.

En la medida en que la inserción del DPN en nuestro sistema institucional implica la incorporación de un mecanismo de control, cuyo desempeño institucional depende –no sólo de la configuración institucional de la organización que surge de su relación con la sociedad civil- sino también de la repercusión institucional de su actuación, es decir de su capacidad para “expandir” *accountability* hacia otras instituciones. Ahora bien, la capacidad del *ombudsman* de hacerse oír en el contexto institucional, fundamentalmente en el Congreso nacional, se vincula con el mayor grado de conflictividad de las cuestiones en las que interviene el Defensor y la visibilidad pública que esta situación le confiere a su actuación, lo que permite que se constituya en lo que algunos autores han denominado *control por alarma de incendio*. Es decir, más que de la actividad rutinaria y cotidiana de representación y control, es en los grandes conflictos en donde, utilizando todos los recursos legales a su disposición apela al “escándalo” para ser escuchado en su contexto institucional de actuación.

Siguiendo esta línea de pensamiento, en la primera parte de este trabajo hemos analizado la relación del DPN con la sociedad civil (a través de las quejas que recibe y de su relación con las asociaciones de usuarios) para estimar su configuración institucional y su estructura de incentivos a la participación ciudadana.

La mayor cantidad de quejas presentadas ante el DPN en forma individual demuestra que la organización tiende a agregar problemas similares que afectan por igual a los usuarios de servicios

públicos. Esto se expresa en las intervenciones que el DPN llevó a cabo y que se volcaron a acciones colectivas en defensa de los usuarios de servicios públicos domiciliarios.

Asimismo, la relación con las asociaciones –si bien ha sido incipiente- demuestra que las intervenciones del DPN mejorarían el desempeño de las mismas, ya que éste dispone de recursos legales y técnicos para una intervención más eficaz en esta materia. Por otra parte, los ciudadanos acuden en mayor medida ante esta Institución que ante las propias asociaciones civiles vinculadas a esta problemática, lo que aumenta la disponibilidad de información del DPN y su capacidad de trasladar la misma ante las instituciones de gobierno.

En este sentido, el *ombudsman* se presenta ante la sociedad como una organización “abierta” en tanto facilita por medios directos el planteo de los ciudadanos ante los hechos u omisiones de los organismos del Estado que afecten derechos consagrados por la CN. La ausencia de requerimientos formales para la presentación de las quejas lo diferencia sustancialmente de otros mecanismos, como los Tribunales administrativos en Francia más relacionados con los *controles administrativos tradicionales*.

Ahora bien, para que el control por alarma de incendio que debería facilitar el *ombudsman* sea efectivo, deben existir marcos legales previos en los que se puedan basar los legisladores cuando suenen las alarmas de incendio de que “algo no funciona como debería”. La falta de capacidad regulatoria del Estado como producto del proceso previo de privatización de esos servicios limita la capacidad de control posterior que pueden efectuar los órganos del tipo analizado en este trabajo. Asimismo, la incertidumbre legal aumenta la brecha entre las normas legales vigentes y el comportamiento de los actores involucrados. En los casos testigo analizados, la “guerra” de amparos en la Justicia y las disidencias respecto de los cuadros tarifarios a aplicar demostrarían esta hipótesis.

Si bien el *ombudsman*, a través de la utilización de la iniciativa legislativa –aunque de modo limitado- y la rendición de cuentas que realiza ante el HCN intentó instalar en la agenda de gobierno, los problemas más sobresalientes en esta temática a través de las propuestas de modificaciones y el traslado de inquietudes de quejosos ante el órgano legislativo, la actuación del Defensor ha generado una baja repercusión institucional en el órgano legislativo a través de la Comisión Bicameral ante la cual presenta su Informe Anual.

Desde la ausencia de proyectos legislativos modificatorios de leyes o pedidos de informes a funcionarios públicos que pudiesen profundizar las investigaciones iniciadas por el Defensor, hasta la falta de sugerencias o requerimientos de los legisladores al propio Defensor del Pueblo de la Nación, evidencian la poca importancia que tiene dicha figura en nuestro sistema institucional. Los intentos de llevar a cabo vetos sobre la acción del PEN dentro del Congreso confluyeron en una estrategia defensiva de corto plazo pero que no produjo modificaciones sustantivas en la toma de decisiones. (vg. *El fracaso de la sesión especial en el HCN convocada para el 4 de Marzo del '97 por la cuestión del tarifazo telefónico*). La tendencia de los legisladores a votar dentro de su bloque podría ser una de las causas de la menor efectividad del Congreso para poder impulsar este tipo de controles.

Frente a la debilidad del Congreso, en el caso analizado, la vía judicial ha constituido prácticamente el único instrumento capaz de constituir a la organización en un tipo de control por *alarma de incendio*. La gran cantidad de amparos presentados por el Defensor –los que implicaron que se forzara a las empresas, a los Entes y al propio Gobierno a escuchar los reclamos de los usuarios- denotan varias conclusiones respecto de las modalidades de actuación del Defensor y del funcionamiento del propio sistema institucional argentino.

En primer lugar, la fragilidad de los mecanismos propios de la política representativa, a través de los órganos legislativos. En segundo lugar y relacionado con lo anterior, un mayor grado de *judicialización* de los conflictos políticos, en tanto la vía judicial se convierte en un poderoso mecanismo de protección de los intereses de los ciudadanos y de modificación del proceso de las políticas públicas, reemplazando a los mecanismos propios de la búsqueda de consensos que deberían construirse a través del sistema político-representativo, por mecanismos tribunales de conflictos entre partes “formalmente” iguales. Y, en tercer lugar, la deslegitimación en la que caería el Defensor del Pueblo en tanto que su actuación adquiere un alto grado de conflictividad en el contexto institucional y limita su potencial negociador o mediador, lo que caracteriza a los *ombudsmen* de las democracias más desarrolladas.

En el caso analizado la capacidad efectiva de “hacerse oír” en el contexto institucional que desplegó en el caso de servicios públicos se manifestó a través de la vía judicial –muchas veces en forma conjunta con las asociaciones de usuarios-. Aún así, la jurisprudencia de la Corte impone límites negativos a la participación ciudadana como mecanismo de control directo sobre la gestión pública. El freno al amparo colectivo y los límites a la aplicación del control de constitucionalidad por parte de la Corte, denotan que en nuestro país todavía la tutela judicial de los derechos de incidencia colectiva es sumamente restringida. La falta de acuerdo entre la doctrina jurídica respecto de la interpretación de las leyes vigentes, así como la falta de acuerdo entre los diputados y senadores en el HCN, respecto de la reglamentación legal de derechos reconocidos en la CN reformada en 1994, como el amparo colectivo, repercute en la vigencia efectiva de *accountability* y demuestra la brecha existente entre el diseño formal de las instituciones y el comportamiento de los actores en el contexto institucional.

Qué mecanismos legales serían propicios para aumentar el desempeño institucional e introducir incentivos que conduzcan a un comportamiento más cercano al “esperable” en las normas legales vigentes? Si bien supera los límites de este trabajo la elaboración de propuestas al respecto, podrían señalarse dos mecanismos que potenciarían el desempeño del Defensor.

Uno se refiere a la necesidad de que el Defensor presente el Informe Anual ante la Asamblea Legislativa en pleno y no sólo ante los miembros de la Comisión Bicameral. Esto –además de favorecer el contacto del Defensor con los legisladores- aumentaría las posibilidades de difusión pública a través de los medios de comunicación. Este mecanismo, que requiere de una modificación de la Ley 24.284, de todos modos no parecería ser suficiente para fortalecer los mecanismos de control y revitalizar la dimensión societal y horizontal de la *accountability*, dado el escaso interés que los legisladores otorgan a la actuación de esta institución.

Un segundo mecanismo que optimice la relación del ombudsman con el Congreso se refiere a la implementación de audiencias públicas por parte de las comisiones del HCN, a través de las cuales el Defensor, con la participación de las diversas asociaciones de representación de la ciudadanía, encuentren espacios de debate sobre las cuestiones que preocupan a los diferentes sectores sociales y se difundan las actividades del Defensor atendiendo a las demandas de la sociedad civil y como instrumento de control sobre los legisladores. Este sería un importante mecanismo para *inducir* a los legisladores a actuar en una orientación más cercana a los intereses de la ciudadanía.

Bibliografía.

Abdala, Manuel y Pablo Spiller 1999 *Instituciones, contratos y regulación en Argentina*, (Buenos Aires, Ed. Temas).

Felder, Ruth y Andrea López 1997 *Nuevas relaciones entre el Estado y los Usuarios de Servicios Públicos en la Post-privatización. Documento N° 30, Serie II. Estado y Sociedad*. (Buenos Aires, Centro de Estudios y Documentaciones, INAP).

Felder, Ruth y Andrea López 1996 *Regulación y Control de la Calidad de los servicios*

públicos privatizados, (INAP).

Gelli, María Angélica 1995 “La silueta del amparo después de la reforma Constitucional” en *Revista Jurídica La Ley T.1995-e, Sec. Doctrina*.(978-987)

Gordillo, Agustín 1995 “Un día en la Justicia: los amparos de los artículos 43 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional” en *Revista Jurídica La Ley T. 1995-E, Sec. Doctrina*.(988-1001)

Gordillo, Agustín 1998 *Tratado de Derecho Administrativo*. Fundación de Derecho Administrativo. Tomo I.

Gordillo, Agustín 1998 *Tratado de Derecho Administrativo*. Fundación de Derecho Administrativo. Tomo II.

Informes Anuales Defensor del Pueblo de la Nación. 1994, 1995, 1996, 1998.

Johnson, Neville 1975 *The Limits of Politics*, (Oxford University Press).

La Nación 07/02/97 “Un juez avaló los ajustes en las tarifas de teléfonos”.

Lee, R. D., Jr. 1991, “El Ombudsman en el contexto político: Los Ombudsmen de la Commonwealth y Victoria en Australia”, *Revista Internacional de Administración Pública* N°3 (147-172).

Maiorano, Jorge 1999 *El Ombudsman: Defensor del Pueblo y de las Instituciones Republicanas*. (Bs. As. Ediciones Macchi)

Moe, Terry 1998 “La Teoría Positivista de la Burocracia Pública”, en Saiegh, Sebastián y Mariano Tommasi, *La Nueva Economía Política: Racionalidad e Instituciones*. (Buenos Aires, Eudeba).

O'Donnell, Guillermo 1998 “Accountability Horizontal” en *Agora N° 8 Las Fuentes de la Democracia: Perspectivas Constitucionales*, (5-34).

O'Donnell, Guillermo, 1996 “Otra institucionalización” en *Agora N° 5 América Latina. La Democracia y sus límites*, (5-28).

O'Donnell, Guillermo y Oscar Oszlak, 1976 *Estado y Políticas Estatales en América Latina: Hacia una estrategia de investigación*, (Buenos Aires, Estudio Cedes).

Oszlak, Oscar y Ruth Felder 1998 “La Capacidad de Regulación Estatal en la Argentina. Quis Custodiet Custodes?”, en Isuani, Aldo y Daniel Filmus (comps) *La Argentina que viene. Análisis y propuestas para una sociedad en transición*. (Buenos Aires, Grupo Editorial Norma).

Prats y Catalá, Joan 1998 *Administración Pública y Desarrollo en América Latina. Un enfoque neo-institucionalista en Reforma y Democracia* N° 11, CLAD.

Przeworski, Adam, 1996 *On the Design of the State: A Principal-Agent Perspective*, mimeo, (New York).

Quiroga Lavié, Horacio 1998 “La Sentencia de la Corte Suprema en la causa de los Aeropuertos. Clave para entender el desequilibrio institucional de los argentinos” en *Revista Jurídica La Ley T. 1998-B, Sec. Doctrina*. (987-992)

Smulovitz, Catalina 1997 “Ciudadanos, Derechos y Política” en *Agora N° 7 Ciudadanía: El Debate Contemporáneo* (159-187).

Spiller Pablo y Mariano Tommasi 1999 *Los Determinantes Institucionales del Desarrollo Argentino: Una aproximación desde la nueva economía institucional* Documento de Trabajo, CEDI, Fundación Gobierno y Sociedad.

Rowat, Donald 1973 *El Ombudsman* (México, FCE).

Toricelli, Maximiliano 1998 “Los alcances del artículo 43, 2° párrafo: Delineando una nueva doctrina”. Nota a Fallo en *Revista Jurídica La Ley T. 1998-F. Sec. Jurisprudencia*. (74-77)

Urbiztondo Santiago, Artana Daniel y Fernando Navajas 1997 *La Autonomía de los Entes Reguladores Argentinos*. (FIEL).

Jurisprudencia.

Fallo 97.307-CS, mayo 7-998 Consumidores Libres Coop. Ltda. De Provisión de Servicios de Acción Comunitaria.

Fallo 97.308-CS, mayo 7-998 Recurso Extraordinario de Telefónica de Argentina.

Fallo 97.305-CS, mayo 7-998 Defensor del Pueblo de la Nación c/Poder Ejecutivo Nacional.

Fallo 97.306-CS, mayo7-998 Prodelco c/Poder Ejecutivo Nacional.

Notas.

- i Este tipo de *control por alarma de incendio* difiere del denominado *control por patrulla policial*, que implicaría un seguimiento constante de las actuaciones de la Administración Pública. Este tipo de control sería más costoso por los problemas de acción colectiva dentro del HCN. (Moe, 1998).
- ii Tomamos aquí las definiciones de O'Donnell respecto de la accountability y sus dimensiones. (O'Donnell, 1998).
- iii Dicho artículo señala que *“El Defensor del Pueblo...debe prestar especial atención a aquellos comportamientos que denoten una falla sistemática y general de la administración pública, procurando prever los mecanismos que permitan eliminar o disminuir dicho carácter.”*
- iv Las actuaciones de oficio constituyen un elemento más a favor de la “amplitud” en la actuación del Defensor y de su carácter “abierto”. Como contrajemplo pueden señalarse los casos de Inglaterra y Francia. En el primero, el *Comisionado Parlamentario*, sólo puede efectuar actuaciones de oficio en instrucciones concretas dentro de una investigación. En el segundo de ellos, el *Mediateur* sólo puede intervenir a partir de las quejas presentadas por los Diputados y Senadores.
- v A propósito de esto, el Defensor dictó la Resolución N° 7, otorgando prioridad de trámite a las actuaciones promovidas de oficio. Dicha resolución fija pautas de actuación sumarásimas en orden a recabar datos, pedir informes, elaborar cursos de acción a seguir, así como el trámite ulterior una vez recibida la respuesta al pedido de informe por el organismo requerido. Ver (Maiorano, 1999)
- vi Cabe resaltar que la presentación de quejas ante el ombudsman de acuerdo al Art. 19 de la Ley 24.284, no requiere para la presentación de quejas ninguna formalidad jurídica específica, lo que refuerza el carácter “abierto” de la organización.
- vii El art. 14 de la Ley 24.284 señala que, *“...El Defensor del Pueblo puede iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos, hechos u omisiones de la administración pública, nacional y sus agentes, que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo aquéllos capaces de afectar los intereses difusos o colectivos...”*
- viii Señala Gordillo que en realidad *“...el tema del derecho subjetivo stricto sensu esté destinado a perder progresivamente importancia a medida que se extiende la tutela a otras situaciones; el derecho de incidencia colectiva es una noción superadora tanto del derecho subjetivo como del interés legítimo...”*. (Gordillo, 1998:p.5)
- ix Entre los años '94 y '98 los temas de las quejas individuales de los usuarios de servicios públicos abarcaron los siguientes temas: disfuncionalidades en la prestación del servicio, demoras e irregularidades en la instalación del servicio, mala prestación del servicio, problemas y daños en la vía pública ocasionados por arreglos de líneas y cableados, errores y excesos en la facturación, falta de respuesta a los reclamos efectuados por los usuarios y corte y suspensión del servicio (básicamente en telefonía). Ver Informe Anual DPN.
- x Oszlak y Felder, op. cit. señalan la importancia de las “reglas de juego” que estuvieron presentes en el proceso privatizador y como éstas inciden en la posterior capacidad regulatoria del Estado en esos servicios. En el caso del servicio telefónico y del servicio de agua dejaron al Estado casi impotente para llevar a cabo una política regulatoria que protegiera a los usuarios.
- xi La vía judicial utilizada por el DPN y el instrumento jurídico del amparo es analizado más adelante.
- xii La legitimación de interponer recursos de amparo está reconocida a los ciudadanos particulares, asociaciones y Defensor del Pueblo de la Nación por el Art. 43 de la Constitución Nacional. Asimismo, la representación de los usuarios y consumidores está expresada en la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, Cap. XIV, art. 55, 56, 57 y 58.
- xiii Las asociaciones que suscribieron dichos convenios con el Defensor fueron: ACUORA,

Cruzada Cívica, Asociación de Defensa de los Consumidores y Usuarios y de la Argentina, Asociación Protectora de Suscriptores de Planes de Ahorro, Asociación Vecinal Belgrano “C”, Consumidores Argentinos, Unión de Usuarios y Consumidores, Consumidores Libres, PRODELCO (Mendoza), CODELCO (Salta) y Consumidores y Usuarios de la República Argentina.

xiv De las entrevistas realizadas a funcionarios del Defensor del Pueblo de la Nación.

xv La ley española es más específica. En el art. 32 de la Ley Orgánica 3/81 se señala, *“El Defensor del Pueblo dará cuenta anualmente a las Cortes Generales de la gestión realizada en un informe que presentará ante las mismas cuando se hallen reunidas en período ordinario de sesiones”*.

xvi Si bien no corresponde al tema de servicios públicos domiciliarios, es importante resaltar que en 1996, el DPN trasladó a través de otro informe anual la solicitud de varios quejosos para que no se viole la Constitución en cualquier proceso de privatizaciones del Correo Nacional, teniendo en cuenta la experiencia anterior en la materia.

xvii La idea de escándalo público es tomada por algunos autores como Smulovitz y Thompson para identificar estas nuevas formas de control ciudadano también vinculadas a las denominadas alarmas de incendio. A este respecto se puede ver, (Smulovitz, 1997).

xviii Al igual que en el caso del ETOSS la creación de este Ente fue por Decreto del PEN (N° 1185/90). El Directorio es elegido por el Presidente, sin intervención del Congreso Nacional, contemplándose la elección de uno de sus miembros por parte de un consejo federal formado por gobernadores. Con respecto al contexto de actuación del Ente si bien existe fuerte competencia “potencial” en este sector, las Empresas son pocas y actúan conjuntamente, lo que sumado a la dependencia política del Ente respecto del PEN resulta en un organismo con baja autonomía y propenso a la captura de las Empresas del sector y al “oportunismo” del gobierno. Como contrapartida puede señalarse la *alta visibilidad* de sus decisiones dada las características del servicio con una tarifa promedio cara y una fuerte “puja” entre los usuarios residenciales en su categoría de consumidores y los usuarios comerciales, fundamentalmente del interior del país. (Urbiztondo, Navajas y Artana 1997:p.12).

xix Esta posición es sostenida también en el trabajo de Urbiztondo (op. cit.) quien sostiene que, el rebalanceo debe hacerse en acuerdo con las empresas. En este sentido, nada señala respecto de la presencia de los usuarios –a través de sus mecanismos de representación- en la decisión. En una postura contraria Gordillo señala que *“...Las Audiencias Públicas deben ser aplicadas a todos los servicios privatizados con sus características propias hayan o no haya norma legal o reglamentaria que la requiera en el caso del servicio específico de que se trate.”* (Gordillo, 1998: p. 42)

xx El art. 37 de dicha Ley señala, *“...La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor...Cuando el Juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario”*. (Gordillo, 1999: p. 31).

xxi En el caso de Nazareno (presidente de la CSJ) la recusación se sustentó en la relación personal del mismo con la Sec. de Comunicaciones de la Presidencia, ya que su hijo era asesor legal del área. En el caso de Vázquez, declaraciones públicas de éste con respecto a que *“...nunca fallaría en contra del Estado”*, motivaron dicha presentación por parte del *ombudsman*. Sin embargo, en ambos casos los Jueces no se abstuvieron de dictar sentencia.

xxii Si bien ninguno de los Jueces de la Corte se manifestó en una postura contraria hubo fallos individuales.

xxiii Este tema, desarrollado en el informe final presentado ante Clacso, no es desarrollado aquí por falta de espacio. Decidimos circunscribir el análisis del conflicto a la cuestión de las tarifas.

xxiv Es importante señalar que la sanción de estos Decretos se produjo en el medio de los conflictos generados por la reestructuración de las tarifas telefónicas. Al igual que la decisión de la CSJ de no emitir su fallo en el caso de la reestructuración telefónica, se postergó la aplicación del nuevo esquema tarifario hasta después de las elecciones legislativas del

26/10/97.

xxv La prestación de este servicio público tiene algunas particularidades que lo diferencian del servicio de teléfonos y de otros servicios domiciliarios. La misma radica en que se trata de un servicio con una tarifa más barata con baja incidencia en la canasta familiar, en las características de los nuevos usuarios (de bajos ingresos) que se incorporan al sistema y en el diseño institucional del Ente regulador creado posteriormente al proceso privatizador que se llevó a cabo en la Argentina, el que condujo a que se efectuaran cambios en las modalidades de prestación como así también aumentos de tarifas con un menor grado de visibilidad pública, lo que otorga un mayor margen a la Empresa para modificar estructuras tarifarias que atentan contra los intereses de los usuarios, así como también una mayor propensión a que el Ente sea “capturado” por la Empresa prestataria. Entre los años '93 y '97, las decisiones del Ente y los procesos de reestructuración tarifaria llevados a cabo demuestran esta tesis. (Urbiztondo, Artana y Navajas, 1997:p10).

xxvi Las características de los usuarios de bajos recursos pueden tener alguna influencia de un menor acceso al DPN, en tanto este no ha recibido la misma cantidad de quejas que en el caso del servicio telefónico.

xxvii La formación de esta Comisión y su activa intervención comienza a manifestarse recién a partir de la extensión de esta problemática y de la actuación del DPN y las Asociaciones, lo cual denota un mayor compromiso de los legisladores con la cuestión y el reclamo de los mismos en su participación en la problemática de la regulación.

xxviii Definimos *eficacia institucional* en el sentido del apego de los comportamientos de los actores a las normas estatuidas, es decir la eficacia de la actuación del ombudsman, se entiende a partir del cumplimiento de sus objetivos institucionales.

xxix Cabe acotar respecto del rol del Congreso en materia de regulación que se centró en la sanción de leyes marco, pero no así en materia de regulación directa. Sin embargo el reclamo de los legisladores de participación es cada vez mayor. El análisis de estos casos así lo demuestra. (Abdala y Spiller, 1999:p22).

xxx Un análisis de la sentencia de la CSJ en la causa de aeropuertos puede verse en (Quiroga Lavié, 1998- B: pp. 987-992)

xxxi Esto que ha sido señalado en gran parte de la Doctrina jurídica, se ha enfocado en trabajos recientes desde la economía política en los que la “politización” de la Corte como producto de la inestabilidad de sus Jueces, ha contribuido a su neutralización y ausencia de intervención en material de control de los otros poderes. (Spiller y Tommasi, 1999).

xxxii Al respecto puede verse (Gelli, 1995-E) y (Gordillo, 1995-E)